مطالعات اسلامی: فقه و اصول، سال چهل و یکم، شمارهٔ ۸۲/۱،
بهار و تابستان ۱۳۸۸، ص۲۰۴-۱۶۹

مبنای مسؤولیت مدنی یا ضمانِ ناشی از تخلّف از اجرای تعهّد*

دکتر سیدحسن وحدتی‌شبیری
استادیار دانشکده حقوق دانشگاه قم

چکیده

مسؤولیت مدنی به معنای تعهّد به جبران خسارت به دو قسم مسؤولیت قراردادی و مسؤولیت قهری تقسیم می‌شود. تفاوت این دو در وجودِ رابطهٔ قراردادی میان دو طرف قبل از ایراد خسارت است. این‌که تفاوت یاد شده منشاء فرق اساسی در مبنا و آثار دو نوع مسؤولیت می‌شود مورد اختلاف بین حقوقدانان است. نظریهٔ جا افتاده، منشأ مسؤولیت قراردادی را ارادهٔ صریح یا ضمنی دو طرف عقد و منشأ مسؤولیت قهری را حکم قانون‌گذار می‌داند. همین تفاوت باعث می‌شود دامنهٔ مسؤولیت در مسؤولیت قراردادی تابع ارادهٔ دو طرف قرار گیرد و آنان بتوانند گسترهٔ تعهّد به جبران خسارت را بر فرض تخلّف از محدودهٔ قانون، فراتر یا محدودتر سازند. نظریهٔ جدیدتر، این تفاوت را انکار و سایر تفاوت‌ها را امور فرعی قلمداد می‌کند.

مقالهٔ حاضر دیدگاه نخست را تقویت می‌کند و نگارنده معتقد است چون منشأ مسؤولیت قراردادی ارادهٔ طرفین عقد است پس آنان می‌توانند با ارادهٔ صریح یا ضمنی خود، مسؤولیت را شدیدتر یا خفیف‌تر از آنچه در مقررات آمده قرار دهند و این توافق برخلاف احکام امری شارع و قانون‌گذار نیست.

کلید واژه‌ها: مسؤولیت مدنی، مسؤولیت قراردادی، نقض قرارداد، اجرای تعهّد.

---

* . تاریخ وصول:۱۳۸۷/۴/۱؛ تاریخ تصویب نهایی: ۱۳۸۷/۹/۴.

درآمد

مسؤولیت به معنای پاسخگو بودن نسبت بـه تعهّـد و تکلیـف از نظـر حقـوقی عبارت از «تعهّد یا الزامی است که به دستور قانون برای رفع تجاوزِ متجاوز مقـرر شـده است» (جعفری لنگرودی، ***تاریخ حقوق ایـران***، ص۲۹۷). در برابـر واژهٔ مسـؤولیت در زبان بیگانه، دو واژهٔ «Liability» و «Responsibility» بـه کـار مـی‌رود. هـر دو بـه معنـای حالت پاسخگو بودن فرد نسبت به یک تعهّد است ولـی واژهٔ نخسـت کـاربرد بیشـتری دارد(Blacks' law dictionary, p: ۹۷۴, ۱۳۱۲).

مسؤولیت، انواع گوناگون اخلاقـی، کیفـری و مـدنی دارد: مسـؤولیت اخلاقـی، مسؤولیتی است که شخص در وجدان خویش نسبت به خود یـا خـانواده و یـا جامعـه احساس می‌کند بدون آن‌که قانون‌گذار نسبت بدان موضع‌گیری خاصی داشته باشد.

مسؤولیت کیفری، مسؤولیتی است که براساس آن، مرتکب جرم، به این دلیل کـه یکی از حدود الهی یا قوانین مربوط به نظم اجتماعی را زیرپا نهـاده اسـت بـه یکـی از کیفرهای مصرح در قانون محکوم می‌شود.

و بالاخره مسؤولیت حقوقی یا مسؤولیت مدنی که شخص به این دلیل که تکلیـف قانونی و یا تعهّد قراردادی را نقض کرده به پرداخت خسارت ملـزم مـی‌گـردد(جعفـری لنگرودی، ***ترمینولوژی حقوق***، ص ۶۴۴).

مسؤولیت مدنی به دو قسم مسؤولیت قراردادی و مسـؤولیت خـارج از قـرارداد تقسیم می‌شود. تفاوت این دو در وجود رابطهٔ قراردادی قبـل از ایـراد خسـارت اسـت. بدین معنا که در قسم نخست، شخص در ضمن عقد، تعهّـدی را بـر دوش مـی‌گیـرد و سپس در اثر عدم اجرای تعهّد و یا اجرای نامناسب آن، بـه طـرف تعهّـد زیـانی را وارد می‌سازد در حالی‌که در مسؤولیت خارج از قـرارداد، هـیچ گونـه رابطـهٔ قـراردادی کـه خسارت در نتیجهٔ تخلّف از اجرای آن باشد، میان دو طرف وجود ندارد. اکنون پرسـش آن است که اگر در اثر عدم اجرا یا اجرای نامناسب قرارداد، به طرف ذی‌نفـع خسـارت

وارد شده، مبنای مسؤولیت متخلّف چیست تا براساس آن، دامنهٔ مسؤولیت مشخص شود. بنابراین، موضوع بحث در این مقاله «مبنای مسؤولیت ناشی از تخلّف از اجرای تعهّد» است. در این راستا، ابتدا مفهوم مسؤولیت یاد شده را بررسی و سپس اثر هر یک از مبانی بر قلمروی مسؤولیت را مورد اشاره قرار خواهیم داد.

أ- مفهوم مسؤولیت ناشی از تخلّف از اجرای تعهّد

هر یک از انواع مسؤولیت، دارای ارکانی است که شناخت آن بدون بررسی ارکان مزبور امکان‌پذیر نیست. به عنوان مثال، مسؤولیت کیفری، پایه در وجود قانون و تخلّف از آن دارد. بدین معنا که بایستی پیش از ارتکاب عمل از سوی متهم، قانونی که حدود جرم و مجازات را به دقت تعیین کند وجود داشته و متهّم با داشتن سوء نیّت، اقدام به انجام عمل مجرمانه کرده باشد.

مسؤولیت ناشی از تخلّف از اجرای تعهّد نیز دارای ارکانی است که با فقدان هر یک از آنها، مسؤولیت یاد شده نیز منتفی خواهد بود. این ارکان عبارتند از: وجود رابطهٔ قانونیِ ناشی از یک عمل حقوقی، ورود خسارت، رابطهٔ سببیّت میان تخلّف از اجرای تعهّد و خسارت وارده. اینک به منظور آشنایی بیشتر با مسؤولیت ناشی از تخلّف از اجرای تعهّد به بررسی هر یک از ارکان سه‌گانهٔ بالا می‌پردازیم.

۱. تعهّد ناشی از یک عمل حقوقی

برای آن‌که مسؤولیت به معنای مورد بحث پدید آید، می‌بایست پیش از ایراد خسارت از سوی عامل زیان، تعهّدی وجود داشته و این تعهّد بر اثر یک عمل حقوقی به وجود آمده باشد. منظور از عمل حقوقی هر نوع عقد یا ایقاعی است که تحقّق آن منوط به قصد انشا بوده و قانون‌گذار بر اثر آن، تعهّداتی را بر دوش یک و یا هر دو طرف گذاشته است(شهیدی، شماره ۱۷). برخلاف واقعهٔ حقوقی که پدیده‌ای است خارجی و ارتباطی با جهان اعتبار ندارد، ولی قانون‌گذار بدون آن‌که قصد انشا در تحقق

آن دخیل باشد، آثار قانونی بر آن بار کرده است. الزامات خارج از قرارداد همچون غصب، اتلاف و تسبیب هر کدام یک واقعهٔ حقوقی است.

در رابطه با رکن اول از ارکان مسؤولیت ناشی از تخلّف از اجرای تعهّد، توجه به چند نکته ضروری است:

یکم. تعهّد انواع گوناگون دارد. گاهی تعهّد، «موضوع مستقیم» عقد است. همچون عقد ضمان، حواله و کفالت که در آنها مفاد عقد، ایجاد یا انتقال تعهّد است. و گاهی نیز تعهّد، از «آثار» موضوع عقد به شمار می‌رود بدون آنکه در متن عقد، نسبت بدانها تصریحی صورت گرفته باشد. مثلاً تعهّد خریدار و مشتری نسبت به تسلیم مبیع و ثمن از آثار تملیک آنهاست که موضوع مستقیم عقد را تشکیل می‌دهد (شهیدی، شماره‌های ۹۸ و ۹۹).

دوم. تعهّدات یکطرفه در حقوق ما نمی‌تواند سر منشأ یک تعهّد باشد؛ تعهّدی که قانون‌گذار از آن حمایت کرده باشد و تخلّف از آن را مبنای مسؤولیت قلمداد کند. تعهّد یکطرفی هر چند که با اراده انشایی یک شخص همراه است، نمی‌توان آن را با ایقاع مقایسه کرد. در ایقاع، یک ماهیت حقوقی همچون طلاق یا ابراء انشا می‌شود، ماهیتی که قانون‌گذار از پیش، تحقق آن را با یک قصد پذیرفته است. به دیگر سخن، ایقاع از منابع عمومی تعهّدات به شمار نمی‌آید و فرد نمی‌تواند صرفاً با ارادهٔ خود، خویشتن را در برابر دیگران ملتزم سازد. این‌که ارادهٔ یک فرد به طور کلی بتواند به نفع دیگری ایجاد تعهّد کند، نیاز به دلیل شرعی یا تأیید قانونی دارد که هیچ یک ثابت نیست. عمومات نفوذ شرط همچون «المؤمنون عند شروطهم» نیز نمی‌تواند شامل مورد باشد زیرا کلمهٔ «شرط» در جایی است که توافق دو ارادهٔ انشایی هست هر چند فقط یک طرف متعهّد می‌شود و به اصطلاح فقهی «شرط ابتدایی» پدید می‌آید(نائینی و خوانساری، ص ۱۲۳؛ آل کاشف الغطاء، ص ۵۳؛ جلیل قنواتی و ...، ص ۹۵؛ شهیدی، شمارهٔ ۱۶۸). بدین ترتیب رجوع از ایجاب و تخلّف از قرارداد باطل نمی‌تواند موجب

خسارت قراردادی باشد چرا که در این دو مورد قرارداد یا عمل حقوقی در عالم اعتبار تحقق نمی‌یابد.

در یک تقسیم دیگر، تعهّد گاه ناشی از عقد لازم است و گاه از یک عقد جائز سرچشمه می‌گیرد. در همهٔ این اقسام تخلّف از اجرای تعهّد موجب مسؤولیت مدنی متعهّد است، اعم از آن‌که تعهّد موضوع مستقیم عقد و یا مفاد شرط صریح یا شرط ضمنی بوده باشد. چنانکه عقد جائز مادام که یکی از دو طرف آن را بر هم نزده‌اند، ایجاد تعهّد و تخلّف از اجرای آن برای متعهّد تولید مسؤولیت می‌کند. علامهٔ حلّی از فقیهان امامیه، عقود جائز را نیز همچون عقود لازم، مشمول دلیل وجوب وفا به عقد می‌شمارد (حلّی، ***مختلف الشیعة***، ج ۶، ص ۲۱۹؛ مراغی، ص ۲۰۹).

۲. ورود خسارت

برای اینکه مسؤولیت، تحقّق پیدا کند، باید خسارتی به متعهّد له وارد شود. مقصود از خسارت چیست؟ آیا واژهٔ «خسارت» با «ضرر» یکی است یا بین آنها فرق است؟ برای پاسخ به این پرسشها نیز به چند نکته اشاره می‌کنیم:

یکم. واژهٔ «خسارت» در لغت به معنای آسیب، تباهی و از دست دادن دارائی یا حق است(محمد معین، ج ۲، ذیل واژهٔ خسارت). ولی در متون قانونی ما، گاهی به همین معنا و گاه به معنای مالی که زیان را جبران می‌کند به کار رفته است. واژهٔ «خسارت» در مادهٔ ۲۲۱ ق. م. به معنای نخست و در دو مادهٔ ۲۲۶ و ۲۲۷ این قانون به معنای دوم به کار رفته است.

خسارت به معنای اول خود بر دو گونه است: گاهی به صورت از دست دادن مال است. خواه آن مال، عین خارجی یا منفعت و یا حق مالی نظیر حق تحجیر باشد. و زمانی به صورت ممانعت از وجود پیدا کردن نفعی است که مقتضی آن حاصل شده است. مثل توقیف غیرقانونیِ شاغل به کار که موجب حرمان او از گرفتن مزد شده است و از آن به خسارت «عدم النفع» تعبیر می‌کنند.

واژۀ ضرر (که به نظر می‌رسد مترادف با واژۀ خسارت است) در برابر منفعت به معنای پیدایش نقصانی است که در اثر یک عامل خارجی در بدن یا مال یا عِرض و یا حق قانونیِ شخص پدید آید(ابن اثیر، ص ۸۱؛ فیروزآبادی، ص ۱۰۷؛ جوهری، ص ۷۱۹). دربارۀ صدق عنوان ضرر بر از دست دادن منفعت در صورتی که مقتضی آن کامل باشد، میان فقیهان اختلاف نظر است. برخی برآنند که ضرر مالی در جایی صادق است که نقصانی در اموال فعلی شخص پدید آید خواه آن مال، عین باشد یا منفعت. مثلاً وقتی یک فرد را که در استخدام دیگری است بدون جهت حبس می‌کند و یا خانه‌ای را بدون رضای مالک غصب می‌کند، به وی ضرر زده است ولی وقتی تاجری را از فروش کالای خود منع می‌کند تا قیمت کالا در بازار پایین می‌آید، یا مالک را از بازسازی قناتِ بایر خویش بازمی‌دارد، تنها مانع منفعت و تحصیل سود شده ولی به او ضرری وارد نیامده است(نراقی، ص ۵۰؛ مراغی، ج ۱، ص ۳۱۰).

برخی نیز عدم النفع را در صورتی که مقتضی آن تمام بوده و نفع در معرض وصول باشد ضرر دانسته‌اند، هر چند که در شمول قاعدۀ لاضرر نسبت به آن تردید کرده‌اند(روحانی، ص ۳۹۵). عده‌ای هم نه تنها عدم النفع با وجود مقتضی را ضرر دانسته بلکه آن را مشمول حدیث لاضرر نیز تلقی کرده‌اند(طباطبائی، ص ۳۰۲؛ شهید مدرّس، ص ۳۱۰؛ وحید بهبهانی، ص ۶۱۴). در این باره بعد از این سخن خواهیم گفت.

دوم. خسارت ناشی از تخلّف از اجرای تعهّد، شکلهای گوناگون به خود می‌گیرد: گاهی در اثر تخلّف، قراردادی مالی از بین می‌رود. مثلاً شخصی تعهّد می‌کند درختانِ مالک را آبیاری و از آنها مراقبت نماید و در نتیجۀ سهل‌انگاری و تخلّف از اجرای تعهّد خویش، درختان خشک می‌شوند و از بین می‌روند. و همچنین در حکم تلف است جایی که متعهّدٌ له به اعتماد انجام تعهّد، هزینه‌هایی را متحمّل شده و آن

هزینه‌ها با تخلّف متعهّد، بی‌فایده گشته‌اند. مثلاً شرکتی تعهّد می‌کند ماشین‌آلات مورد نیاز برای تأسیس کارخانه‌ای را بسازد و تحویل دهد. متعهّد له با اعتماد بر این تعهّد، زیرسازی لازم برای نصب ماشین‌آلات را به انجام می‌رساند ولی شرکت از انجام تعهّد خودداری می‌کند و در نتیجه هزینه‌های انجام شده بلا استفاده می‌ماند.

گاهی نیز خسارت به صورت تلف مال نیست ولی در اثر تخلّف قراردادی، نفع مسلّمی که در صورت اجرای تعهّد، به متعهّدٌ له می‌رسیده است از میان می‌رود. به قسم اخیر، خسارت عدم النفع می‌گویند. در یک مثال، تاجر لوازم خانگی، تعهّد می‌کند ده دستگاه یخچال با ویژگیهای معین و در تاریخ مشخص به خریدار که خود یک فروشنده خُرده پاست، تحویل دهد. تاجر از تحویل یخچالها خودداری می‌کند و بر اثر تخلّف او، فروشندهٔ خُرده پا، مشتریان خویش را از دست می‌دهد و هم مجبور می‌شود همان نوع یخچال را از تاجر دیگری با قیمت بیشتر خریداری کند.

در مثال یاد شده، متعهّدٌ له از دو جهت زیان دیده است: از یک سو چندین معامله را که در هر یک سود می‌برده از دست داده و از سوی دیگر ما به التفاوت میان قیمت قراردادی و قیمت بازار را پرداخته است. آیا می‌توان تاجر لوازم خانگی را به دلیل تخلّف از اجرای تعهّد به پرداخت این خسارتها ملزم ساخت؟ پاسخ این سؤال را در بحثهای آینده خواهیم دید. نیز خسارت گاهی به صورت اجرة المثل است همچون جایی که شخص در ضمن عقد تعهّد کرده عملی را انجام دهد و از انجام آن خودداری می‌کند. متعهّدٌ له در صورتی که انجام عمل از دیگری برآید و زمان انجام عمل نگذشته باشد می‌تواند از دادگاه بخواهد تا به هزینهٔ متعهّد، آن عمل توسط شخص دیگری انجام یابد(سیّد محمّد کاظم طباطبائی، ص ۶۱۱، مسألهٔ ۴؛ سیّد ابوالقاسم خوئی، ***کتاب اجاره***، ص ۲۹۸، و ***منهاج الصالحین***، ص ۱۱۲).

۳. رابطهٔ سببیّت

برای این‌که خسارت وارده در نتیجهٔ تخلّف از اجرای تعهّد، قابل جبران باشد،

بایستی میان تخلّف از قرارداد و ورود خسارت، رابطهٔ سببیت وجود داشته باشد. متعهّدٌ له که از تخلّفِ متعهّد زیان دیده است، برای مطالبهٔ خسارتِ خویش باید علاوه بـر اثبـات ورود ضرر، رابطهٔ سببیت مستقیم را نیز اثبات نماید. در این باره نیز به چند نکته اشـاره می‌کنیم:

یکم. در تعریف سبب در باب مسؤلیت مدنی، میـان فقیهـان وفـاق نظـر وجـود ندارد. برخی سبب را عبارت از کاری دانسته‌اند که با وجود آن، پیدایش خسـارت، هـر چند به علّتی دیگر، انتظار می‌رود. به عبارت دیگر سبب چیزی است که در قصد ضـرر زننده بین آن و ورود ضرر ملازمـهٔ عرفـی وجـود دارد، (محقـق کرکـی، ج۶، ص۲۰۶؛ علامهٔ حلّـی، ***تحریـر الاحکـام***، ج ۴، ص ۵۱۹) برخـی دیگـر، سـبب را انجـام کـاری دانسته‌اند که لازمهٔ آن، علت خسارت خواهـد بـود(فخـرالمحققین، ج ۲، ص ۱۶۶). در تعریف نخست، قصد عامل زیان در تحقق سبب دخیل دانسته شده است به این معنا که عاملِ زیان با انجام عمل خویش باید قصد تحقق ضرر داشته باشد، در حالی کـه قصـد، هیچ دخالتی در صدق عنوان سبب ندارد. مثلاً فردی که بـدون مجـوِّز قـانونی در مسـیر عبور مردم چاه می‌کند و احتیاطات لازم را مراعات نمی‌کند، ضامن هـر گونـه خسـارتی است که از حفر چاه به دیگران وارد می‌شود هر چند که قصد ایراد خسارت هم نداشته باشد.

به نظر می‌رسد که آنچـه در تحقّـق رابطـهٔ سـببیّت دخالـت دارد اسـتناد عرفـی خسارت به عامل زیان می‌باشد. در تحقق این استناد عوامل گونـاگون تأثیرگـذار اسـت. عنصر تقصیر از سوی عاملِ زیان در مـوارد تسـبیب از جملـهٔ عوامـل یـاد شـده اسـت. چنانکه قابل پیش‌بینی بودن خسارت، در مواردی، در استناد عرفیِ زیان به عامل آن تأثیر می‌گذارد.

دوم. این گونه نیست که هر نوع خسارتی در حین اجرای عقد و یا بـه مناسـبت آن، خسارت ناشی از تخلّف از اجرای تعهّـد قلمـداد شـود. مـثلاً وقتـی یـک پیمانکـار

ساختمانی در حین تخریب، به منزل همسایه خسارت وارد می‌کند، خسارت قهری است و نه قراردادی.

اکنون سؤال آن است که آیا در تخلّف از اجرای تعهّد به نفع ثالث نیز قواعد مسؤولیت قراردادی حکم فرماست؟ به عنوان مثال در جایی که خیّاطی ضمن قرارداد متعهّد می‌شود تا روز معیّنی یک دست لباس برای شخص ثالث بدوزد ولی از تعهّد خویش سرباز می‌زند. آیا ذی‌نفع ثالث می‌تواند بدون دخالت طرف عقد، از خیّاط خسارت بخواهد؟ رویهٔ قضایی فرانسه در این زمینه مردَّد بوده است(اریک ساو، ص۱۳۳). ولی در حقوق ما با توجه به ماهیت تعهّد به نفع ثالث می‌توان گفت حق ثالث سرمنشأ قراردادی دارد و از عقد سرچشمه گرفته است، بنابراین خودداری از اجرای تعهّد، نقض قرارداد به شمار می‌آید(کاتوزیان، ***مسؤولیت مدنی***، شماره ۱۱).

ب- نظریه‌ها دربارهٔ مبنای مسؤولیت

پرسش از این‌که چرا باید متخلّف از اجرای تعهّد از نظر مدنی مسئول قلمداد شود، از اهمیّت خاصّی برخوردار است. زیرا پاسخ به این پرسش در تعیین حدود مسؤولیت تأثیر فراوان دارد. پاسخ به پرسش یاد شده همان مبنای مسؤولیت قراردادی است که دربارهٔ آن نظریهٔ واحدی میان حقوقدانان وجود ندارد. نظرات ارائه شده در این باب را می‌توان به دو دستهٔ: کلاسیک و جدید تقسیم کرد. در نظریهٔ کلاسیک از اختلاف ماهوی میان دو مسؤولیت قراردادی و قهری حمایت شده و در نظریهٔ جدید، از وحدت دو نوع مسؤولیت، سخن به میان آمده است. در ذیل به بیان نظریات مطرح شده می‌پردازیم.

۱. نظریهٔ اختلاف مبنای دو نوع مسؤولیت

قائلین به این نظریه، در پاسخ به این پرسش که چرا متخلّف از اجرای تعهّد را نسبت به خسارت ناشی از نقض عهد، مسئول می‌دانیم می‌گویند: چون قبلاً در مورد

این مسؤولیت توافق شده و متعهّد پذیرفته است که در صورت تخلّف از اجرای تعهّد، خسارت طرف دیگر را جبران کند. این در حالی است که در مسؤولیت قهری، چنین توافقی از پیش، میان عاملِ زیان و زیان دیده وجود ندارد. بلکه این قانون و نظم عمومی است که وارد کنندۀ خسارت را به دلیل آن‌که احتیاط لازم را در رفتار خویش نداشته مسئول می‌شناسد. حقوق ایران و حقوق فرانسه در مختلف بودن مبنای مسؤولیت اشتراک دارند، ولی به نظر می‌رسد که در توجیه اختلاف مبنای دو نوع مسؤولیت و تبیین مسؤولیت قراردادی با یکدیگر متفاوتند. در ذیل، هر یک از دو نظام حقوقی را مورد مطالعه قرار می‌دهیم.

حقوق فرانسه

در مادۀ ۱۱۴۲ قانون مدنی فرانسه، خسارت ناشی از تخلّف از اجرای تعهّد مورد تصریح قرار گرفته است. از این ماده چنین برمی‌آید که ضامن بودن متخلّف از اجرای تعهّد، لازمۀ تعهّد است. ترجمۀ این ماده چنین است: «هر تعهّدی به انجام یا ترک انجام کاری در صورت عدم ایفای آن از سوی متعهّد، مستوجب خسارت است» (Art. ۱۱۴۲: Toute obligation de faire ou dene pas faire se résout en dommages et interêt, en cas d'inexécution de la part de débiteur.).

عبارت se résout en dommages که به زبان انگلیسی resolve itself ترجمه شده است می‌رساند که ضمان متعهّد به خسارات، لازمۀ ذات تعهّد است. و این، ریشه در نگرش حقوق روم باستان دربارۀ تعهّدات دارد. چرا که در نظام روم قدیم، متعهّد چنان پای‌بند به تعهّد خویش بود که در صورت خودداری از اجرای آن، متعهّدٌ له می‌توانست او را به بردگی خویش درآورد(صبیح مسکونی، ص ۲۲۱).

اکنون که نظام برده‌داری منسوخ گردیده، ضمانت اجرای تعهّد (sanction) به صورت پرداخت خسارت جلوه‌گر شده است.

بدیهی است این ماده قانونی در جایی صدق می‌کند که تعهّد، زمان

مشخصّی برای اجرا داشته و آن مدّت سپری شده باشد. چرا که در حقوق فرانسه آنچه در درجهٔ اول اهمیت قرار دارد اجرای تعهّد است و تا هنگامی که امکان عمل به تعهّد و استفاده از ابزارهای اجبار وجود دارد نوبت به جبران‌های دیگر نمی‌رسد(ر. ک: مبحث سوم از فصل سوم ***قانون مدنی فرانسه*** تحت عنوان اثر تعهّدات).

این در حالی است که در حقوق کامن لا، نخستین جبران، پرداخت خسارت است و اجرای عین تعهّد (Specific enforcement) در درجات بعدی اهمیت قرار دارد.

به تعبیر برخی از نویسندگان، تفاوت اساسی‌تر حقوق فرانسه و حقوق انگلیس در تأکید حقوق کامن لا بر روی «جبران‌ها» و تأکید حقوق نوشته بر «حقوق و تکالیف» طرفین است(The French law of contract, Barry Nichalas FBA, second Edition, p: ۲۱۱).

به هر حال، جدا ساختن موادّ قانونی مربوط به مسؤولیت قراردادی (مواد ۱۱۴۲ تا ۱۱۴۵ ق. م. ف.) از موادّ مربوط به ضمان قهری (مواد ۱۳۸۲ تا ۱۳۸۶ ق. م. ف.) در قانون مدنی فرانسه و قرار دادن موادّ مربوط به مسؤولیت قراردادی در ذیل عنوان اثر تعهّدات، (Chapitre III: De l'effet des obligation) نشانهٔ آن است که از نظر قانون‌گذار مدنی این کشور، مسؤولیت قراردادی و مسؤولیت قهری هر یک مبنای جداگانه دارند. به همین دلیل به نظر می‌رسد که نمی‌توان از مواد مربوط به مسؤولیت قراردادی الغای خصوصیت کرد و احکام مربوط را به ضمان قهری سرایت داد(به عنوان مثال در مادهٔ ۱۱۴۲ ق. م. ف. منافع (interêts) در کنار خسارات (dommages)، مورد تصریح قرار گرفته و بر این اساس متخلّف از اجرای تعهّد، ضامن منافع شمرده شده است. در موادّ ۱۳۸۲ تا ۱۳۸۶ سخن از منافع به میان نیامده مگر آنکه با تفسیر وسیع، واژهٔ خسارت، شامل منافع نیز بشود).

این در حالی است که حقوقدانان فرانسوی در زمینهٔ مبنای مسؤولیت قراردادی نظر واحدی ندارند. می‌توان گفت نظریهٔ مرسوم میان حقوقدانان پیشین فرانسه به دنبال

قانون مدنی این کشور، تفاوت بنیادین بین دو نوع مسؤولیت قراردادی و قهری بود. بـه نظر آنان همهٔ تعهّدات به طور ضمنی این حـق را بـه طلبکـار مـی‌دهـد کـه بـرای جبـران زیان‌هایی که در نتیجهٔ عدم اجرای تعهّد به وجود آمده است از مدیون خسـارت بخواهـد (ابری ورو، ***حقوق مدنی***، چاپ ششم، ج ۴، ص ۱۳۶، کولن و کاپیتان ولامور انـدیر، ج ۲، شماره ۱۰۴۲؛ استارک، ***حقوق مدنی***، ج ۲، (تعهّدات)، ش ۲۰۵۱، کاربوینـه، ج ۲، ش ۱۵۴، به نقل از کاتوزیان، ***مسؤولیت مدنی***، ش ۲۲ و نیز ***نظریهٔ تعهّدات***، ص ۳۹۳، ش ۲۶۶).

پاره‌ای از نویسندگان نیز در توجیه جدایی دو نظام مسؤولیت گفته‌اند: مسؤولیت قراردادی در همه حال، نتیجهٔ تجاوز از قرارداد است ولی مسؤولیت غیر قراردادی، گـاه نتیجهٔ تجاوز از تکلیف اخلاقی و گاه ناشی از تجاوز از تکلیف قانونی و زمانی هـم اثـر خطری است که شخص ایجاد کرده است(ساواتیه، رسالهٔ ***مسؤولیت مـدنی در حقـوق فرانسه***، چاپ دوم، ج ۱، ش ۱۰۹، به نقل از کاتوزیان، ***مسؤولیت مدنی***، ش ۲۲). ولـی حقوقدانان متأخر، تفاوت ماهوی بین دو نوع مسـؤولیت را انکـار کردنـد(آنـدره تنـک، ***مسؤولیت مدنی***، شماره ۴۰). امروزه میان حقوقدانان فرانسوی این نظریه مطـرح اسـت که دیگر مسؤولیت قراردادی باید کنار گذاشته شود چرا کـه هـدف از مسـئول دانسـتن متعهّد، جبران خسارت وارده به متعهّدٌ له نیست بلکه هدف، پرداخت «معادل تعهّـد» بـه طلبکار متعهّد له می‌باشد (اریک ساو، ص ۱۳۳). در مطالب آینده بـه بیـان ایـن دیـدگاه خواهیم پرداخت.

حقوق ایران

بررسی موادّ قانون مدنی ایران نشان می‌دهد کـه قـانون‌گـذار الگـوی خـویش را قانون مدنی فرانسه قرار داده و تلاش وافری به خرج داده است تا محتوای آن را با فقـه امامیه منطبق سازد.

متن مادهٔ ۲۲۱ ق.م در زمینهٔ مسؤولیت ناشی از تخلّف از اجرای تعهّـد، ترجمـان ماده ۱۱۴۲ ق. م. ف. است، با این تفاوت که امکان مطالبهٔ خسارت را مشروط به وجود

شرط صریح یا ضمنی می‌سازد. مادهٔ مزبور چنین می‌گوید: «اگر کسی تعهّدِ اقدام به امری را بکند یا تعهّد نماید که از انجام امری خودداری کند، در صورت تخلّف، مسئول خسارت طرف مقابل است، مشروط بر این‌که جبران خسارت، تصریح شده و یا تعهّد عرفاً به منزلهٔ تصریح باشد و یا بر حسب قانون موجب ضمان باشد».

مادهٔ بالا مصداق بارزی از تلفیق میان حقوق فرانسه با فقه امامیه است چرا که بخش نخست را از مادهٔ ۱۱۴۲ق. م. ف. گرفته و تلاش کرده است با ضمیمه ساختن بخش دوم و با استمداد از نهادِ فقهیِ «شرط ضمن عقد» آن را با مبانی فقهی سازگار سازد.

برای داوری دربارهٔ این اختلاط که به منظور پیوند میان حقوق اروپایی با فقه اسلامی انجام گرفته بایستی به چند نکته توجه داشت:

۱. در فقه اسلامی در ابواب معاملات، همهٔ مطالب، حول محور «معامله» دور می‌زند و مرکز مباحث «عقد» است و تعهّد یا دین به عنوان امری فرعی مورد گفتگو قرار می‌گیرد (به عنوان نمونه ر.ک: ملااحمد نراقی، ***عوائد الایام***، ص۱۱؛ مولی محمد نراقی، ***مشارق الاحکام***، ص۷۹؛ میرفتاح مراغی، ***العناوین***، ج۲، ص۷۰؛ سید کاظم حائری، ***فقه العقود***، ج ۲، ص ۸۲). در حالی که در حقوق فرانسه، مرکز مطالعه و عنوان اصلی، «تعهّد» است و عقد همچون سایر اعمال و وقایع حقوقی، در شمار منابع تعهّد قرار می‌گیرد. و اگر در متون اسلامی و فقهی، سخنی از «عهد» یا «تعهّد» به میان آمده در معنای وسیعتر آن مرادف با عقد استعمال شده است(کاتوزیان، ***نظریهٔ عمومی تعهّدات***، ص ۱۸).

۲. واژهٔ تعهّد در ادبیات حقوقی کشور ما دو نوع کاربرد دارد: گاهی به معنای مصدری استعمال می‌شود یعنی به عهده گرفتنِ انجام یا ترک انجام عملی در برابر دیگری، خواه در برابر آن عوض باشد یا نباشد. مثل آن‌که صنعتگری تعهّد می‌کند ماشین‌آلات مورد نیاز کارخانه‌ای را بسازد و تحویل دهد. گاهی نیز به معنای اسم مصدری به کار می‌رود و آن عبارت از وظیفهٔ حقوقی است که بر عهدهٔ شخص، ثابت می‌شود، و در صورت

خودداری از سوی مراجع قضایی به انجام آن الزام می‌گردد. این تعهّد ممکن است به ارادهٔ شخص پدید آید و یا بدون دخالت اراده، مستقیماً به حکم قانون ثابت شود. چنانکه در مبحث ضمان قهری، تعهّد به جبران خسارت چنین حالتی دارد (برای توضیح بیشتر ر. ک: دکتر مهدی شهیدی، ***تشکیل قرار دادها و تعهّدات***، ص ۴۲).

به نظر می‌رسد واژهٔ «تعهّد» در مادهٔ ۲۲۱ ق. م. به معنای اوّل به کار رفته زیرا در ذیل ماده، سخن از شرط ضمنی و صریح به میان آمده و شرط صریح صرفاً در اعمال حقوقی قابل تصور است.

افزون بر این، عبارت «اگر کسی تعهّد اقدام به امری نماید...» تعهّد به معنای مصدری است. در حالی که واژهٔ «obligation» در ماده ۱۱۴۲ ق. م. ف. تعهّد به معنای اسم مصدری می‌باشد. بدین ترتیب، قانون‌گذار مدنی ایران برای تطبیق حقوق اروپایی بر مبانی فقهی امامیه، دو کار انجام داده است: نخست تعهّد را به معنای مصدری آن به کار گرفته که همان عقد و قرارداد است، و دوم از آنجا که فقه، لزوم پرداخت خسارت ناشی از تخلّف قراردادی را لازمهٔ ماهیت تعهّد نمی‌داند تلاش کرده تا به نحوی آن را به ارادهٔ طرفین منتسب سازد و خویشتن را از مخالفت با مشهور فقیهان برهاند.

بدین ترتیب، تفاوت اساسی میان حقوق فرانسه و حقوق ایران آشکار می‌شود، هر چند که هر دو نظام، در مختلف بودن مبنای مسؤولیت قراردادی و مسؤولیت قهری مشترکند. بیان مطلب این‌که حقوق فرانسه مسؤولیت متخلّف از اجرای تعهّد را امری اصیل قلمداد می‌کند، در حالی که حقوق ایران با آن بسانِ یک امر استثنایی برخورد کرده است. تعبیر دیگر مادهٔ ۲۲۱ ق. م. آن است که اصولاً متخلّف از اجرای تعهّد، مسؤولیتی نسبت به خسارات حاصله ندارد مگر آنکه شرط صریح یا شرط ضمنی عرفی و یا قانونی مبنی بر ضمان یاد شده وجود داشته باشد.

۲.نظریهٔ وحدت مبنای مسؤولیت

این نظریه به شکلهای مختلف تبیین شده که ذیلاً به بیان حقوقدانان معاصر

در فرانسه و حقوقدانان آمریکا اشاره می‌کنیم:

حقوق جدید فرانسه

در برابر حقوقدانان پیشین فرانسه، از یک قرن پیش، مخالفت با نظریهٔ مرسوم که اختلاف مبنای دو نظام مسؤولیت بود شروع شد. پلانیول، حقوقدان معروف فرانسوی، یک مفهوم عام از تقصیر ارائه کرد. به نظر او تقصیر به معنای نقض تعهّد است. نهایت، گاهی تعهّد قانونی است که نقض آن جرم مدنی و ضمان قهری به بار می‌آورد و زمانی نیز تعهّد قراردادی است که نقض آن، مسؤولیت قراردادی ایجاد می‌کند. به نظر وی، با تخلّف متعهّد (خواه تعهّد قانونی یا قراردادی) تعهّدی جدید به منظور جبران خسارت و مستقل از تعهّد قراردادی پدید می‌آید.

به این وسیله بود که پلانیول، زمینه را برای تغییر بنیادین در ماهیت حق جبران ضرر و زیان فراهم ساخت. زیرا به نظر او، منبع حق جبران ضرر، قرارداد نیست بلکه «عدم اجرای قرارداد» است. نقض قرارداد یک واقعهٔ حقوقی است و ارتباطی با متن عقد ندارد(André Tunc, N: ۴۲).

نظریهٔ بالا امروزه نظریهٔ مدرن قلمداد می‌شود و کسانی چون هوک (HUC) و اریک ساو از این نظریه طرفداری و گاهی از آن به نظریهٔ طرد مسؤولیت قراردادی تعبیر می‌کنند. براساس نظریهٔ یاد شده، منظور از جبران خسارت متعهّدٌ له، ترمیم ضرر وارد به او نیست، ضرری که به دنبال عدم ایفا یا ایفای نامناسب متعهّد به متعهّدٌ له تحمیل شده است. بلکه منظور، جلب رضایت متعهّد له می‌باشد(اریک ساو، ص ۱۳۳).

بدین ترتیب، مسؤولیت قراردادی و مسؤولیت قهری، هر دو «نقض تعهّد»اند و هر دو منبع تعهّد جدید به شمار می‌روند. مبنای هر دو یکی است و تفاوت ماهوی میان آنها وجود ندارد.

نظریهٔ حقوقدانان آمریکا

حقوقدانان آمریکا وحدت مبنای دو نوع مسؤولیت را به گونه‌ای دیگر تبیین

کرده‌اند. به نظر آنان، در تعهّد قراردادی نیز، ایــن «قـانون» اسـت کـه اثـر را بـر آن بـار می‌کند. به تعبیر دیگر، نقش دو طرف در حین انعقاد عقد، صـرفاً سـاختن یـک «قالـب» است که در پی آن قانون‌گـذار، محتـوا را در ایـن قالـب مـی‌ریـزد و بـدان اثـر قـانونی مـی‌بخشـد (Jolowicz and winefield, law of torts, p: ۱۲; as quoted by André Tunc, p: ۲۲).

در نگاه حقوقدانان آمریکایی، تعهّد، ناشی از توافق دو طرف و قصد انشای آنهـا نیست. همیشه تعهّد ناشی از حکم قانون است خواه وسیله آن، عمل حقوقی و یا واقعـهٔ حقوقی باشد. به همین دلیل است که در عقد، تعهّداتی بر دوش دو طرف نهاده می‌شـود در حالی که هیچ یک، آنها را قصد نکرده‌اند.

در الزامات خارج از قرارداد نیز، این قانون است که در اثر تقصیرِ عامـل زیـان، برای وی تعهّد به جبـران خسـارت را پدیـد مـی‌آورد. بـدین ترتیـب، در هـر دو نـوع مسؤولیت، تعهّد به حکم قانون به وجود آمده چه سرمنشأ آن، عمل زیان‌بار و یا تخلّف از اجرای عقد باشد (Ibid). اکنون باید دیـد هـدف حقوقـدانان بـرای تـلاش در جهـت ایجاد اتّحاد میان مبنای مسؤولیت قراردادی و قهری چیست.

ج- تأثیر مبنای مسؤولیت در قلمرو مسؤولیت

اهمیت بحث از مبنای مسـؤولیتِ ناشـی از تخلّـف از اجـرای تعهّـد، در قلمـرو مسؤولیت یاد شده پدیدار می‌شود. زیرا انتخاب هر یک از نظریـه‌هـا تـأثیری شـگرف در میزان مسؤولیتِ متعهّدی دارد که از اجرای تعهّد خویش تخلّف ورزیده اسـت. ذیـلاً بـه اثر هر یک از آنها اشاره می‌کنیم:

۱. تأثیر نظریهٔ اختلاف مبنای مسؤولیت در قلمرو مسؤولیت

از بحثهای گذشته مشخص شد که این نظریه، خود به دو شاخه تقسیم می‌شـود: نظریهٔ اصل بودن مسؤولیت قراردادی و نظریهٔ استثنایی بودن آن. پس بایـد هـر یـک را

جداگانه مورد کنکاش قرار داد.

قلمرو مسؤولیت براساس نظریهٔ اصل بودن مسؤولیت قراردادی

مطابق این نظریه که از قانون مدنی فرانسه استنباط می‌شود، ارادهٔ طرفین تـأثیری در پیدایش مسؤولیت ندارد. به دیگر سخن، حتیّ اگـر ثابـت شـود کـه دو طـرف هـیچ تصمیمی دربارهٔ اصل مسؤولیت و میزان آن نداشته‌اند باز هم متخلّـف از اجـرای تعهّـد نسبت به خسارات و منافع ضامن خواهد بود. زیرا ضمان نسبت به خسـارات و منـافع، از ذات تعهّد برمی‌خیزد و تعهّد، بدون مجازات متخلّف، امری بی‌محتوا تلقی مـی‌گـردد. این نکته از واژهٔ «se resout» در مادهٔ ۱۱۴۲ ق. م. فرانسه به دست می‌آید کـه بـه معنـای انحلال خود به خود است(resolve itself).

از سوی دیگر براساس این نظریه، هدف از جبران خسارت، ترمیم ضرری اسـت که به متعهّدٌ لـه از ناحیـهٔ عـدم اجـرای تعهّـد وارد گشـته اسـت. از ایـن رو قلمـروی مسؤولیت تا اندازه‌ای است که وضعیت متعهّدٌ له را به حالت پـیش از انعقـاد عقـد بـاز می‌گرداند. نیاز به توضیح ندارد که از نظر قانون مدنی فرانسه با توجه به مـاده ۱۱۴۲ ایـن قانون، عدم النفع در مسؤولیت قراردادی خود، ضرری است که بر متعهّدٌ له وارد شـده و بازگشت به حالت پیشین، جبران خسارت و عدم النفع می‌باشد.

با این حال، باید توجه داشت که قانون فرانسه، مبنای مسـؤولیت قـراردادی را از مسؤولیت قهری جدا ساخته و پیامد این جداسازی آن است که قواعد مربوط به هر یک از دو نظام مسؤولیت را اصولاً نمی‌توان به دیگری سرایت داد مگر آن‌کـه دلیـل خـاص، آن را اقتضا کند. از این نکته در بحثهای آینده سخن خواهیم گفت.

قلمرو مسؤولیت براساس نظریهٔ استثنایی بودن مسؤولیت قراردادی

بر طبق این نظریه که از قانون مدنی ایران مستفاد می‌شود، تخلّف از اجرای تعهّد در صورتی موجب مسؤولیت است که شرط صریح یا ضمنی (عرفی یا قانونی) مبنیّ بـر جبران خسارت وجود داشته باشد. در صورتی که شرط یاد شده احراز نگردد و یا قانون

مبنیّ بر ضمان متعهّد نباشد، نمی‌توان متعهّدی را کـه از اجـرای تعهّـد خـویش تخلّـف ورزیده است، ضامن خسارت طرف مقابل دانست.

نتیجهٔ این مطلب آن است که دو طرف نه تنها مـی‌تواننـد در انـدازهٔ مسـؤولیت، کاهش و یا افزایش ایجاد کنند بلکه ممکن است با شرط صریح، عرف و یا قانون مبنـیّ بر ضمان متخلّف را نادیده انگارند.

مادهٔ۲۲۱ ق. م. نشان می‌دهد که از نظر قانون‌گذار مدنی ایران، قواعد مربـوط بـه ضمان قهری قابل اعمال نسبت به خسارت ناشی از تخلّف از اجرای تعهّد نیست. زیـرا در نتیجهٔ تخلّف قراردادی، در اغلب موارد مالی از بـین نرفتـه و ضـمان قهـری از دیـد قانون مدنی منحصر در از بین رفتن مال است. ملاحظهٔ موادّی چون ۳۲۸ و ۳۳۲ و ۳۳۲ این قانون نشان می‌دهد که هر نوع خسارتی موجب ضـمان نیسـت بلکـه بایـد بـر آن، اتلاف یا تسبیب در تلف مال صدق کند.

مثلاً وقتی یک فروشندهٔ جزء، ده دستگاه لوازم خانگی از یـک تـاجر خریـداری می‌کند و تاجر از تحویل کالا خودداری کرده و فروشندهٔ جزء، مشتریان خویش و نفعی را که از طریق فروش به آنان دستگیر او می‌شده از دست می‌دهد و یا مجبـور مـی‌شـود همان کالا را از تاجر دیگر با قیمت بالاتر خریداری کند، مالی تلف نشده، هر چنـد کـه فروشندهٔ جزء، از این تخلّف قراردادی زیان دیده باشد.

بدین ترتیب، خسارت ناشـی از تخلّـف قـراردادی از ارادهٔ طـرفین و مـتن عقـد برمی‌خیزد و چون معمولاً مصداق این خسارت، عدم النفع است نمی‌توان بـا اسـتناد بـه قواعد ضمان قهری و اتلاف و تسبیب آن را مطالبه کرد.

۲. تأثیر نظریهٔ وحدت مبنا در قلمرو مسؤولیت

براساس نظریهٔ وحدت مبنـا، مـی‌تـوان قواعـد مربـوط بـه هـر یـک از دو نظـام مسؤولیت را به دیگری تسرّی داد. مثلاً اگر قانون‌گذار در موادّ مربوط به ضـمان قهـری

سخنی از عدم النفع به میان نیاورده ولی در مـوادّ مربـوط بـه خسـارت قـراردادی آن را مورد تصریح قرار داده است.[۱] براساس نظریهٔ یاد شده می‌توان عـدم النفـع را در ضـمان قهری نیز موجب مسؤولیت دانست. در این رابطه به حقوق کـامن لا و قـانون تعهّـدات سویس اشاره می‌کنیم.

حقوق کامن لا

در حقوق کامن لا، وقتی یک طرف، از اجرای تعهّـد خـودداری مـی‌کنـد یـا بـه طرف مقابل می‌فهماند که قصد اجرای تعهّد قـراردادی خـود را نـدارد، نقـض قـرارداد (breach of contract) رخ می‌دهد. نقض قرارداد، حداقل بـرای طـرف بـی‌تقصـیر، حـقِّ مطالبهٔ خسارت ایجاد می‌کند. نقض‌های جدّی‌تر، علاوه بـر حـق مطالبـهٔ خسـارت، بـه طرف بی‌تقصیر اجازه می‌دهند که خود را مُبرّا از قرارداد محسوب کند. چنانکـه ممکـن است نقض را نشانهٔ فسخ گرفته و یا تصمیم به تأیید کردن قرارداد بگیرد. (حسـین میـر محمد صادقی، *مروری بر حقوق قراردادها در انگلستان*، ص ۱۹۰).

در حقوق کامن لا، خسارت معمولاً بر این اساس مورد حکم قرار می‌گیرنـد کـه طرف متضرّر در همان وضعیت مالی قرار گیرد که در صورت اجرای صحیح قرارداد در آن وضعیت قرار می‌گرفت. یعنی باید غرامت از دست رفتن معاملـه یـا از دسـت رفـتن منافع مورد انتظار او به وی اعطا گردد.

در موارد استثنایی برای جبران هزینه‌هایی که خواهان با تکیه بر قـرارداد متحمّـل شده است و این هزینه‌ها به دلیل نقضِ خوانده بی‌فایـده شـده‌انـد، حکـم بـه پرداخـت خسارت داده می‌شود. در چنین موردی هدف، قرار دادن خواهان در وضعیتی است کـه پیش از انعقاد قرارداد در آن وضعیت قرار داشت(همان، ص ۲۰۱).

---

۱. (قانون مدنی فرانسه در موادّ ۱۱۴۲ و ۱۱۴۹ منافع را در خسارت قراردادی صریحاً مورد ضمان دانسته ولـی در موادّ مربوط به ضمان قهری (مواد ۱۳۸۲ تا ۱۳۸۶) سخنی از منافع بـه میـان نیـاورده اسـت. چنانکـه قـانون آیـین دادرسی مدنی سابق ایران نیز در ذیل ماده ۷۲۸، ضرر را اعم از عدم النفع دانسته بود ولی موضوع این ماده صـرفاً خسارات ناشی از عدم اجرای تعهد را شامل نمی‌گشت).

قواعد خاصّی برای اندازه‌گیری میزان خسارت وجود ندارد. این امر بسته به نظر دادگاه است. البتّه براساس قانون بیع کالا مصوب ۱۹۷۹ وقتی فروشنده از تحویل کالا خودداری می‌ورزد و بازاری برای تهیهٔ اجناس وجود دارد، میزان خسارت، ما به التفاوت میان قیمت قراردادی و قیمت جاری بازار خواهد بود.

در جایی که بایع، فروشندهٔ حرفه‌ای باشد، خسارت ناشی از روند معمولیِ امور عبارت خواهد بود از فوت شدن منفعتی که در صورت فروخته شدن کالاها به آن خریدار خاصّ به دست می‌آمده است. بدیهی است که اگر او توانسته باشد خریدار دیگری به همان قیمت یا بالاتر از آن به دست آورد، خسارت پرداختی بسیار اندک خواهد بود(همان، ص ۲۰۷، دعوای Charter V. Sullivan در دادگاه استیناف در سال ۱۹۵۷).

آنچه از آرای صادره در دادگاههای کامن لا استفاده می‌شود آن است که مبنای مسؤولیت قراردادی همان مبنای مسؤولیت قهری است. همانگونه که وقتی عامل زیان، مال زیان دیده را تلف می‌کند باید بَدَل آن را بپردازد، در تخلّف از اجرای تعهّد نیز باید بَدَل تعهّد را بپردازد تا آنجا که وضعیت متعهّدٌ له به حالت پس از اجرای عقد درآید (ر. ک: رأی قاضی Lord Reid در پروندهٔ Hediey Byrne V. Heller).

قانون تعهّدات سویس

یکی بودن مبنای مسؤولیت قراردادی و قهری در قانون تعهّدات سویس به وضوح نمایان است. این قانون موادّ ۹۷ تا ۱۰۹ را به آثار عدم اجرای تعهّدات و موادّ ۴۱ تا ۶۷ را به مسؤولیت مدنی خارج از قرارداد اختصاص داده است. پیداست که بیشتر قواعد مربوط در ذیل عنوان مسؤولیت خارج از قرارداد آمده است از جمله ضمان عدم النفع در مواد ۴۵ و ۴۶ و ۴۹ در مبحث ضمان قهری مطرح شده است.[۱]

۱. (بند ۲ مادّه ۴۵ در خصوص خسارات ناشی از مرگ می‌گوید: «اگر مرگ بلافاصله رخ ندهد، خسارات مزبور بخصوص هزینه معالجه و نیز زیانهای ناشی از عدم توانایی بر انجام کار را دربرمی‌گیرد» و بند ۱ ماده ۴۶ می‌گوید: «در مورد صدمات جسمی، صدمه دیده حق دریافت هزینه‌ها و خسارات ناشی از محروم شدن از انجام کار را خواه کلّی و خواه جزئی دارد و نیز حق دارد جبران لطمات وارده به وضع اقتصادی آیندهٔ خود را مطالبه کند». و بند ۱ مادهٔ ۴۹ می‌گوید: «هر کس به منافع شخصی‌اش لطمه وارد شود می‌تواند در صورت وجود تقصیر، مطالبهٔ خسارت کند...». ولی در بند ۳ ماده ۹۹ می‌گوید: «مقرّرات مربوط به مسئولیت ناشی از جرم مدنی، بنابر قیاس، در مورد آثار تقصیر قراردادی قابل اجرا خواهد بود»).

بدین ترتیب، نظام مسؤولیت قراردادی، تفاوت ماهوی با نظام مسـؤولیت قهـری ندارد و در نتیجه، قواعد هر یک قابل تسرّی به دیگری خواهد بود. این در حالی اسـت که در قانون مدنی فرانسه یا قانون مدنی ایران، مقرَّرهٔ مشابهی به چشم نمی‌خورد.

د-مبنای مسؤولیت قراردادی از نظر فقه

پرسش اصلی در این زمینه آن است که آیا خسارت ناشـی از تخلّـف از اجـرای تعهّد را می‌توان بر قواعد فقهی نظیر اتلاف، تسبیب و قاعدهٔ لاضرر که همگی مصـادیق ضمان قهری می‌باشند استوار ساخت یا این‌که مسؤولیت یاد شده فقط می‌تواند براساس ارادهٔ دو طرف برقرار گردد؟

از عبارات فقیهان استفاده می‌شود که قاعدهٔ اتلاف و تسـبیب، صـرفاً در مـورد از بین رفتن اموال، جریان می‌یابد،[1] عبارت معروف «من اتلف مالَ الغیر فهو له ضامن» نیـز شاهدی بر این مدعاست.

بدین ترتیب، در جایی که نتیجهٔ تخلّف از اجرای تعهّد، از بین رفتن مـال اسـت مثل آن‌که شخصی در ضمن عقد، متعهّد می‌شود درختان باغ متعهّدٌ له را آبیـاری کنـد و از انجام آن خودداری می‌کند و درختان خشک می‌شوند و از میان می‌روند، تردیـدی در لزوم جبران خسارت نیست. یعنی باید قیمت اصله‌های درخت را کـه خشـک شـده بـه متعهّدٌ له بپردازد. ولی آیا ضامن میوه‌هایی که در صورت آبیاری بـه عمـل مـی‌آمـد نیـز هست؟ به ویژه اگر هنوز میوه‌ها بر درخت، ظهور و بروز نیافته‌اند، مسـؤولیت متخلّـف از اجرای تعهّد از نظر فقهی، جای تردید است. زیرا قاعدهٔ اتلاف و تسبیب به شرح بـالا

۱. (به عنوان نمونه ر. ک: میرزا حبیب‌الله رشتی، کتاب غصب، ص ۴، ایشان در نقصان قیمت بازار به این دلیل کـه «تلف مال» رخ نداده اشکال می‌کند، و ص ۲۰ در مورد منع شخص از فروش کالای خویش و نقصان قیمت بـازار می‌گوید: «ان التسبّب الموجب للضمان عباره عن اعدام مال موجود عیناً أو منفعة و النفع فی هـذه المقامـات لـیس اعداماً لموجود بل هو دفع لوجود مال»؛ نیز ***جواهر الکلام***، ج ۳۷، ص ۴۰، ایشان نیز تصریح می‌کند که تسّـبب در صورتی موجب ضمان است که به تلف اموال تعلق گیرد؛ نیز: علامه حلی، ***قواعد الاحکام***، ج ۲، ص ۲۲۹، ایشـان هم کاهش قیمت مال مغصوب در بازار را موجب مسئولیت غاصب نمی‌شمارد).

جاری نیست ولی از لحاظ قاعدهٔ لاضرر هر چند برخی بر این عقیده‌اند که می‌توان به استناد قاعدهٔ مزبور، تفویت منفعتِ مسلم را خسارت دانست و مسبب را مشمول جبران آن شناخت، (سید حسن امامی، ***حقوق مدنی***، ج ۱، ص ۲۴۵.) ولی هم از جهت صدق عنوان ضرر بر عدم النفع و هم از نظر دلالت قاعدهٔ لاضرر بر مسؤولیت مدنی و ضمان، اختلاف فقهی وجود دارد. ذیلاً به طور اجمال به اختلاف یاد شده می‌پردازیم:

أ- صدق ضرر بر عدم النفع

در اصطلاح فقهی، تفویت منفعت با عدم النفع تفاوت دارد و آنچه از کتابهای مفصّل فقهی برمی‌آید، ضمان نسبت به تفویت منفعت است و نه عدم النفع. توضیح مطلب آن‌که وقتی شخص، مالی را غصب می‌کند، منفعت آن را تفویت کرده است هر چند از آن بهره‌برداری نکرده باشد. و یا هنگامی که یک صنعتگر را که در استخدام دیگران است حبس می‌کند، منفعت او را از بین برده و ضامن اجرت اوست چرا که با انعقاد قرارداد استخدام، منفعت او به طور مستقل، مال محسوب می‌شود.

ولی در جایی که روند معمولی امور، حاکی از رسیدن نفعی به شخص است و عاملِ زیان، این روند را قطع می‌کند، مثلاً اگر درختان آبیاری می‌شدند به طور معمول، به میوه می‌نشستند و ثمر می‌دادند، ولی متعهّد با تخلّف خویش روند جاری را از بین برده و مانع رسیدن میوه‌ها و سود متعهّدٌ له گشته است، برخی از فقیهان امامیه در صدق عنوان ضرر یا اضرار بر آن تردید کرده‌اند. (نراقی، ***عوائد الایّام***، ص ۵۰؛ ***العناوین***، ج ۱، ص ۳۱۰؛ خویی، ***مصباح الاصول***، ج ۲، ص ۵۲۲ و ***مستند العروة***، کتاب اجاره، ص ۴۱۷. ایشان ضرر را نقص در مال معنا کرده‌اند؛ ***مشارق الاحکام***، ص ۲۷۰).

با این حال، به نظر می‌رسد اگر از نظر عرف، منفعتی مسلم فرض شود، منع از رسیدن آن به شخص، ضرر و خسارت انگاشته می‌شود. مثلاً وقتی یک فروشندهٔ حرفه‌ای که شغل او فروش لوازم خانگی است، بر اثر تخلّف کارخانهٔ سازنده و تحویل کالا از فروش محروم می‌شود، عرف او را زیان دیده می‌بیند(سید محمد روحانی،

منتقی الاصول، ج ۵، ص ۳۹۵).

ب- دلالت لاضرر بر مسؤولیت مدنی

فقیهان امامیه دربارهٔ دلالت حدیث نبوی «لاضرر و لا ضرار» بر مسؤولیت مدنی و ضمان عامل زیان، وفاق نظر ندارند. برخی به این دلیل که لسان روایت، صرفاً نفی حکم است نه ثبوت حکم، دلالت حدیث بر مسؤولیت مدنی را انکار کرده‌اند. (نراقی، ملااحمد، ***عوائد الایام***، ص ۵۵). به نظر آنان، بر فرض که حدیث، دلالت بر ثبوت حکم در مواردی کند که از نبود آن ضرر لازم آید، این در صورتی است که راه جبران ضرر منحصر در ضمان و مسؤولیت باشد، در حالی که جبران از بیت‌المال یا ثواب الهی امکان‌پذیر است و راه جبرانِ ضرر منحصر در «ضمان» عامل زیان نیست تا او را نسبت به خسارت وارده مسؤول سازد.

برخی دیگر عقیده دارند که بر فرض، قاعدهٔ لاضرر موجِب اثبات حکم در صورت لزوم ضرر از فقدان آن باشد، ناظر به نفی ضرر در جهان تشریع و ظرف قانون‌گذاری است و در باب مسؤولیت مدنی، این عامل زیان است که باعث ورود ضرر گشته است نه حکم به عدم ضمان تا با جریان لاضرر حکم به ثبوت ضمان شود(سید ابوالقاسم خویی، ***مصباح الاصول***، ج ۲، ص ۵۶۰).

در بیان دیگر، گفته‌اند: حدیث لاضرر در جایگاه امتنان بر اُمّت اسلامی وارد شده یعنی برای تسهیل بر مردم و منّت گذاشتن بر آنها صادر شده است. و در باب مسؤولیت مدنی، حکم به ضمان براساس قاعدهٔ لاضرر برخلاف امتنان بر عامل زیان است هر چند برای زیان دیده تسهیل و منّت باشد(همان، ص ۵۶۷).

در برابر گروه نخست از فقیهان، عدّه‌ای دیگر با نقد دلائل یادشده، دلالت حدیث بر مسؤولیت مدنی و ضمان را پذیرفته‌اند. به نظر آنان، آنچه در شریعت، نفی شده ضرری است که به نحوی تدارک نشده باشد والّا ضرر در احکام شرعی و در حوزهٔ حکومت اسلامی فراوان یافت می‌شود. احکامی چون جهاد و مالیاتها اصولاً

مستلزم نقص در مال و جان افراد است. در میان مـردم و در روابـط روزمـره، زیـان بـه یکدیگر فراوان یافت می‌شود. پس مقصود، نفی ضرر تدارک نشده است. در نتیجه ضرر زیان دیده باید از اموال عامل زیان، تدارک شود تا حـدیث لاضـرر صـادق آیـد(فاضـل تونی، ***الوافیة***، ص ۱۹۳؛ سید علی طباطبایی، ***ریاض المسـائل***، ج ۲، ص ۳۰۲؛ ***حاشـیه وحید بهبهانی بر مجمع الفائدة و البرهان***، ص ۶۱۴؛ شـهید مـدرّس، ***الرسـائل الفقهیـة***، ص ۱۱۰).

برای ارزیابی دو نظریهٔ بالا به چند نکته اشاره می‌کنیم:

۱. برای تفسیر حدیث شریف و توضیح هر یک از مفردات آن، اقوال گونـاگونی مطـرح شده که بررسی و نقد هر یک از آنها به درازا مـی‌انجامـد (بـرای مطالعـه بیشـتر ر. ک: ***عوائـد الایام***، ص ۴۸؛ رسالهٔ شیخ انصاری در باب قاعدهٔ لاضرر). ولی از میان این اقـوال، آنچـه صحیح‌تر به نظر می‌رسد این است که ضرر به معنای ایجاد نقص در جان، مـال، آبـرو و یا حق قانونی است و تفاوت آن با ضرار در این است که ضرر اسـم مصـدر و در برابـر منفعت و ضرار مصدر به معنای اقدام بـه ضـرر دیگـری و در مقـام زیـان رسـانیدن بـه دیگران برآمدن از روی تعهّد است، هر چند به نتیجه نرسـیده باشـد. کلمـهٔ «لا» نیـز در عبارت «لاضرر و لاضرار» نافیه است بدین معنـا کـه پیـامبر گرامـی(ص) زیـان و زیـان رسانیدن به غیر را در شریعت اسلامی و در حوزهٔ حکومت خویش نفـی نمـوده اسـت. نتیجه آن‌که براساس عبارت «لاضرر» احکامی که بـه خـودی خـود ضـرری نیسـتند در صورتی که از نظر عرفی در مصداق خاصی، موجب ضرر گردند، برداشته خواهند شـد. و بر طبق عبارت «لاضرار» حاکم اسلامی اجازهٔ سوء استفاده از حـق را نمـی‌دهـد و بـا کسی که در مقام زیان رسانیدن به دیگران برآید برخورد می‌کند و او را نسبت بـه ضـرر وارده مسئول می‌شناسد (ادعای نفی به انگیزهٔ نهی).

۲.حکم به ضمان عامل زیان برخلاف امتنان بر او نیست، چرا که خود باعث مسـؤولیت خویش گشته است. بی‌مبالاتی و عدم مراقبت در رفتار موجب پدید آوردن خسارت بـه

دیگران شده و شخص بی‌مبالات باید پاسخگوی رفتار خویش باشد. بنابراین نمی‌توان در دلالت حدیث بر مسؤولیت عامل زیان به دلیل امتنانی بودن حدیث، اشکال کرد. (این اشکال از فاضل نراقی و محقق نائینی است. ر. ک: نراقی، ***عوائد الایام***، ص ۵۰ و نائینی، ***منیة الطالب***، ج ۲، ص ۲۲۱). البته در جایی که عامل زیان، هیچ تقصیری مرتکب نشده حکم به ضمان برخلاف امتنان بر اوست که در این صورت پاسخ دوم کافی خواهد بود. وانگهی، لازم نیست جریان قاعدهٔ لاضرر، مستلزم، عدم امتنان بر دیگران نباشد. بدین معنا که قاعدهٔ لاضرر جریان می‌یابد و به نفع زیان دیده اعمال می‌شود هر چند که با امتنان بر دیگران سازگار نباشد. (حدیث رفع به دلیل عبارت «رفع عن امتی...» چون در خصوص امّت اسلامی آمده، امتنانی است و اگر با امتنان بر دیگران تنافی داشته باشد جاری نیست. به همین دلیل اگر شخصی در حالت اضطرار از مال دیگران خورده باشد، ضامن مال در برابر مالک است هر چند حرمت تکلیفی تصرف در مال غیر به دلیل حدیث رفع برداشته شود). آنچه مانع اجرای قاعده است، تعارض آن با ضرر دیگری است که موجب سقوط قاعدهٔ لاضرر در دو طرف متعارض می‌گردد. ولی اگر تعارضی نباشد صِرف تنافی با امتنان بر دیگران موجب کنار گذاشتن قاعده نخواهد گشت.

۳.برای اثبات مسؤولیت مدنیِ عامل زیان، می‌توان به هر دو فقرهٔ «لاضرر» و «لاضرار» استناد کرد. زیرا وقتی شارع پس از ورود خسارت، عامل زیان را مسئول شناخت و او خسارت را جبران کرده و زیان دیده را به وضعیت پیشین بازگرداند، از نظر عرفی، می‌توان گفت بقاءاً زیانی متوجّه شخص نشده است. در حالی که اگر شارع وی را مسؤول نشناسد، این کاشف از وجود ضرر در حوزهٔ احکام شرعی است و هر جا از نبود حکم شرعی، ضرر لازم آید، قاعدهٔ لاضرر جریان می‌یابد و حکم را برقرار می‌سازد. چنانکه در بحث از خیار غَبن، فقدان خیار، موجب زیان مغبون است و با جریان قاعده، به وی حق فسخ داده می‌شود(محقق داماد، ص ۱۶۷).

از طرف دیگر مطابق فقرهٔ «لاضرار» نیز حتی اگر «لا» برای نهی نباشد، باید عامل زیان را مسئول قلمداد کرد چرا که قطع ریشهٔ فساد با صِرف حرمت تکلیفی تحقق نمی‌یابد و شخصی که ارادهٔ زیان رسانیدن دارد بایستی از عواقب اجتماعی رفتار خویش هراسناک باشد. پیامبر گرامی اسلام نیز در برخورد با سمرة بن جندب به حرمت تکلیفی اکتفا نکرد و درخت وی را از ریشه برکند(برای مطالعه بیشتر در این زمینه ر. ک: ***العناوین***، ج ۱، ص ۳۱۹).

نتیجهٔ مطالب بالا آن است که اولاً تفویتِ منفعت و هم جلوگیری از رسیدن نفع مسلم به شخص، از نظر عرفی، «خسارت» و «ضرر» محسوب می‌شود. و ثانیاً روایت مشهور لاضرر که اجمالاً تردیدی در درستی سند آن نیست، فی الجمله دلالت بر ضمان و مسؤولیت مدنی عامل زیان می‌کند.

با این همه، مشهور فقیهان با دلالت حدیث به نحوی که گذشت، مخالفت ورزیده‌اند و در مسائلی چون ضمان غاصب نسبت به کاهش قیمت مال مغصوب در بازار و ضمان منافع در توقیف صنعتگر آزاد و مسائلی از این دست، عامل زیان را به این دلیل که تلف مالی صورت نگرفته بلکه جلوگیری از کسب مال، تحقق یافته است، ضامن نشناخته‌اند(محمد حسن نجفی، ج ۳۷، ص ۱۵؛ رشتی، ص ۲۰؛ محقق حلّی، ج ۳، ص ۱۸۴؛ علامه حلّی، ***قواعد الاحکام***، ج ۲، ص ۲۲۹؛ محقق کرکی، ج ۶، ص ۲۶۴؛ سید جواد عاملی، ج ۶، ص ۲۲۵؛ سید ابوالقاسم خوئی، ***منهاج الصالحین***، ج ۲، ص ۱۷۹؛ امام خمینی، ***تحریر الوسیلة***، ص ۶۴۴، مسأله ۵).

به همین دلیل است که قانون مدنی ایران نه تنها مادهٔ صریحی به ضمان عدم النفع اختصاص نداده است بلکه از برخی مواد قانونی می‌توان استفاده کرد که عدم النفع از دیدگاه قانون‌گذار مدنی موجب ضمان نیست. مثلاً مادهٔ ۳۱۲ ق. م. در جایی که مال مغصوب، مثلی بوده و مثل آن پیدا نشود قیمت حین الأداء را معیار قرار داده است در حالی که اگر بازار نوسان قیمت داشته، بنابر نظر غیر مشهور باید بالاترین قیمت معیار

بوده باشد(وحید بهبهانی، ص ۶۱۸؛ محقق اردبیلی، ص ۵۲۸).

علاوه بر اینها، تبصرهٔ ۲ مادهٔ ۵۱۵ قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۷۹ صریحاً، مقرّر می‌دارد: «خسارت ناشی از عدم النفع قابل مطالبه نیست و خسارت تأخیر تأدیه در موارد قانونی، قابل مطالبه می‌باشد».

و بدین وسیله، قانون‌گذار، مادهٔ ۷۲۸ قانون آیین دادرسی مدنی سابق را که مقرّر می‌داشت: «ضرر ممکن است به واسطهٔ از بین رفتن مالی باشد یا به واسطهٔ فوت شدن منفعتی که از انجام تعهّد حاصل می‌شده است» صریحاً نسخ کرده است. و آنچه در مادهٔ ۹ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۷۸ آمده مبنی بر اینکه منافعی که ممکن الحصول بوده و در اثر ارتکاب جرم، مدعی خصوصی از آن محروم و متضرر می‌شود قابل مطالبه می‌باشد، بر موارد تفویت منفعت مال حمل خواهد شد همچون جایی که مالی غصب شده و منافع آن تفویت شده یا کارمند در استخدام غیر، توقیف شده و از شغل خویش باز مانده است.

با این توجیه، تعارض بین مادهٔ ۹ قانون آیین دادرسی کیفری و تبصرهٔ ۲ مادهٔ ۵۱۵ قانون آئین دادرسی مدنی از میان می‌رود. و بر فرض که این توجیه را نپذیریم، قانون اخیر ناسخ مواد معارض خویش بوده و در نتیجه خسارت عدم النفع قابل مطالبه نخواهد بود.

ج- استناد به قاعدهٔ شروط به عنوان مبنای مسؤولیت قراردادی

با توجه به آنچه گذشت برای مطالبهٔ خسارت ناشی از تخلّف از اجرای تعهّد در جایی که خسارت به صورت عدم النفع است توجیه فقهی از نظر اتلاف و تسبیب یا قاعدهٔ لاضرر باقی نمی‌ماند. ولی راه، منحصر به قواعد یاد شده نیست. قاعدهٔ شروط، در خصوص خسارت قراردادی، می‌تواند مبنای فقهی مناسبی برای آن دسته از خسارات باشد که از طریق قواعد ضمان قهری قابل مطالبه نیست.

توضیح این‌که شرط یا صریح است یا ضمنی. و شرط ضمنی یا شرط ضمنی

عرفی است، و یا شرط ضمنی قانونی. شرط ضمنی تعهّدی است کـه صـریحاً در مـتن عقد نیامده ولی رویهٔ معمول بین دو طرف، یا عرف خاص و یا عرف عام، چنین تعهّـدی را بر دوش متعهّد می‌گذارد. چنین شرطهایی وابسته به زمان و مکان خـاص اسـت و از زمانی به زمان دیگر تغییر می‌یابد. گاهی نیز قانون‌گذار برای حفظ تعادل میان دو طـرف عقد و حمایت از طرف ضعیف، تعهّدی را بر دوش طرف دیگر می‌گذارد.

با این توضیح می‌گوییم: اصولاً دو طرف می‌توانند برای ضـمانت اجـرای تعهّـد، خسارات را از پیش تعیین کنند. این خسارت ممکن است مبلغ مقطوع داشته یـا تعیـین دقیق آن به کارشناس واگذار شود. چنانکه مثلاً در عقد بیع بر فروشنده شـرط مـی‌شـود در صورت تأخیر در تحویل کالاهای فروختـه شـده بایـد خسـارت عـدم النفـع را نیـز بپردازد.

ممکن است اشکال شود که شرط یاد شده برخلاف احکام شـرعی اسـت و هـر شرطی که مخالف احکام شریعت است باطل قلمداد می‌شود (المؤمنـون عنـد شـروطهم الا شرطاً خالف کتاب الله؛ شیخ حرّ عاملی، ***وسایل الشیعه***، ج ۱۲، ص ۲۵۳، بـاب ۶ از ابواب خیار، حدیث ۲) و چون خسارت عدم النفع در ضمان عامـل زیـان نیسـت پـس شرط ضمان عدم النفع هم برخلاف شریعت و باطل است. پاسخ آنکه ضمان بـه معنـای تعهّد به پرداخت مبلغی به عنوان خسارت ممکن است منشأ قانونی و جعـل شـرعی یـا منشأ قراردادی داشته باشد. اینکه از نظر شرعی، عدم النفع مورد ضمان نیست، بر فرض پذیرش، بدان معناست که به خودی خود منشأ قانونی و جعل شرعی نمی‌ـوان برای آن در نظر گرفت و این منافاتی با امکان برقراری ضمان از طریق شرط ضمن عقـد نـدارد. به سخن دیگر عدم ضمان نسبت به خسارت عدم النفع یک حکم امری نیست که توافق برخلاف آن ممکن نباشد. چنانکه ضمان و مسؤولیت مدنی نیز نهادی نیسـت کـه پدیـد آمدن آن فقط به حکم شارع امکان‌پذیر باشد. بر همین اسـاس، معتقـدیم شـرط ضـمان مستأجر نسبت به عین مستأجره برخلاف شرع نیست هـر چنـد اصـولاً مسـتأجر یـد او

امانی است و ضمانی ندارد.

در خصوص عقد قرض، این خسارت که از آن به «خسارت تأخیر تأدیـه» تعبیـر می‌شود، براساس قاعدهٔ شروط، محلّ تردید و تأمّل است. شرط خسارت در عقد قرض به سود مُقرِض می‌باشد ولی نفعی را به صورت «معلّق» به او می‌رساند یعنی اگر ایـن را در موعد نپرداخت، باید مبلغی را علاوه بر میزان دین به قرض دهنده بپردازد و براساس روایات، هر شرطی به نفع قرض دهنده عقد را ربَوی و باطل می‌سازد که اطلاق آنها، شرط معلّق را نیز شامل می‌شود (ر. ک: سید حسن وحدتی شبیری، مقاله خسارت تأخیر تأدیـه وجه نقد، ***فصلنامه حوزه و دانشگاه***، سال نهم، پاییز ۱۳۸۲ شماره ۳۶). ولـی در سـایر عقود، مطابق قاعدهٔ لزوم وفا به شرط جای تردید نیست.

شرط خسارت در ضمن قرارداد، شکلهای گوناگونی دارد: گاهی اصل مسؤولیت را برعهده متعهّد می‌گذارد بدون آن‌که نسبت به میزان آن توافقی صورت گیـرد. در ایـن صورت دادگاه باید پس از اثبات ورود خسارت، میزان آن را بـر طبـق نظـر کارشناسـی معین نماید. گاهی نیز نسبت به حدود و میزان خسـارت در مـتن عقـد، تصـمیم‌گیـری می‌شود یعنی مبلغی مقطوع به عنوان خسارت ناشـی از تخلّـف از اجـرای تعهّـد معـیّن می‌گردد. در صورت اخیر، به نظر می‌رسد صِرف اثبات تخلّف از قرارداد کافی است تـا متعهّدٌ له بتواند مبلغ معین را مطالبه کند و دیگر نیازی به اثبات ورود خسـارت و میـزان آن نمی‌باشد. البتّه این مبلغ ممکن است کم و یا بیش از میزان خسارت واقعـی باشـد و حاکم نیز نمی‌تواند متعهّدِ متخلّف را به بیشتر یا کمتر از آنچه مُلزَم شده اسـت محکـوم کند.

برخی در نفوذ شرط اخیر در فرضی که ثابت شود میزان واقعی خسارت کمتر از مبلغ مقطوع است، تردید کرده‌اند(کاتوزیان، ***قواعد عمومی قراردادهـا***، ج ۴، ش ۸۳۵). ولی به نظر می‌رسد جایی برای تردید نیست. زیرا تعیین مبلغ، گاهی به عنـوان حـداکثر خسارت است بدین معنا که مسؤولیت متعهّد را تا میزان مشخصی کاهش می‌دهد که در

این صورت، زیان دیده باید میزان خسارت وارده را نیز ثابت کند و اگـر کمتـر از مبلـغ مورد توافق بود همان مبلغ کمتر را می‌تواند مطالبه کند.

و گاهی نیز مبلغ قطعی مشخّص می‌شود به گونه‌ای کـه حتـی اگـر ثابـت شـود میزان واقعی خسارت کمتر بوده باز قابل مطالبه است. به عبارت دیگر، شرط یـاد شـده، شرط تضمین یا وجه التزام است و اثبات خلاف آن امکان‌پذیر نیست.

آنچه گفتیم در رابطه با خسارت قراردادی ناشی از عدم النفع بود. مصداق دیگـر خسارت قراردادی، اجرة المثل عملی است که در ضمن قرارداد بر عهدهٔ متعهّد آمـده و او در زمان مشخص شده به تعهّد خویش عمل نکرده است. وقتی یک نقّاش ماهر تعهّد می‌کند تا زمان معیّنی تابلو را نقاشـی کنـد، در بـازار، بـرای عمـل وی ارزش اقتصـادی قائلند و کارشناس می‌تواند میزان آن را مشخص کند. بنابراین می‌توان گفت وقتی نقاش از انجام تعهّد خویش سرباز می‌زند تا زمان تحویل فرا می‌رسد، در واقع مال متعهّـدٌ لـه را که عمل خاص در ذمّه متعهّد بوده، تلف کرده است پس صرف اعطای حق فسخ و یا خودداری از پرداخت اجرت یا حق استرداد آن کافی برای جبـران خسـارت متعهّـد لـه نیست بلکه او می‌تواند قرارداد را ابقا کند و قیمت عمل مورد تعهّد را مطالبه نماید. ایـن حکم در برخی از مصادیق آن مورد تأیید عدهّ ای از فقیهان قرار گرفته است. بـه عنـوان مثال، اگر در ضمن عقد مساقات، انجام کاری معین برعهـده عامـل شـرط شـود و او از انجام تعهّد خویش سرباز زند تا وقت عمل سپری شود، برخی عقیده دارند که مشـروطٌ له می‌تواند علاوه بر حق فسخ، عقد را ابقا کند و اجرة المثل را مطالبـه نمایـد(علامـه حلّـی، ***تحریر الاحکام***، ج ۳، ص ۱۵۲؛ سید کاظم طباطبـایی، ***عـروة الـوثقی***، کتـاب مسـاقاة، ص۷۴۰، مسألهٔ ۱۱؛ سید محسـن حکـیم، ***مستمسـک العـروة***، ج ۱۳، ص ۱۷۸). بلکـه برخی از ایشان با الغای خصوصیت از عقد مسـاقات مسـأله را بـه سـایر عقـود تسـرّی داده‌اند. (سید محمد کاظم طباطبائی، همان). عده‌ای دیگـر نیـز بـا ایـن حکـم مخالفـت کرده‌اند. به نظر آنان، در صورتی متعهّدٌ له می‌تواند قیمت عمل را از متعهّد مطالبـه کنـد

که ماهیت شرط، تملیک عمل به مشروطٌ له باشد به گونه‌ای که عمل در زمرهٔ اموال وی به حساب آید. در حالی که چنین نیست و اگر بخواهند اموال او را شماره کننـد، عمـلِ موضوعِ تعهّد را به حساب نمی‌آورند. بنابراین در درجهٔ نخست می‌توان متعهّد را اجبـار کرد و اگر اجبار به انجام عمل امکان‌پذیر نبود، عقد را بـه اسـتناد خیـار تخلّـفِ شـرط، فسخ نمود(***جواهر الکلام***، ج ۲۷، ص ۶۹؛ سید ابوالقاسم خوئی، ***مستند العـروة***، کتـاب مساقاة، ص ۲۸، ۲۷).

برخی هم به این دلیل که از دیدگاه مشهور فقیهان، متعهّد نسبت به انجـام عمـل مورد تعهّـد، مسـؤولیت دارد و نـه نسـبت بـه قیمـت آن، بـا نظریـه نخسـت مخالفـت ورزیده‌اند. در نتیجه هر گاه متعهّد از انجام عمل خودداری کرد، حتی اگر از روی عمـد هم چنین کرده باشد، نمی‌توان او را نسبت به عملی که بر عهده داشته، ضـامن دانسـت. به دیگر سخن، ارتکاز عرفی، ضمان متعهّد نسبت به قیمت عمل را نمی‌پذیرد هـر چنـد که عمل را مملوک متعهّـدٌ لـه بـدانیم(سـید محسـن حکـیم، ***منهـاج الصـالحین***، ج ۲، ص۲۹۶، مسألهٔ ۳).

شاهد بر مدعای ایشان آن است که در اجارهٔ اشخاص، عده‌ای معتقدند اگر اجیـر تخلّف کند و در زمان مقرّر اقدام به انجام عمل نکند، مستأجر، تنها می‌توانـد اجـرت را باز پس گیرد در حالی که اجاره به معنای تملیک منفعـت اسـت. چنانکـه در تخلّـف از شرط فعل نیز در صورتی که اجبار به انجام عمل ممکن نبوده یا بی‌فایـده باشـد، طـرف دیگر، فقط می‌تواند عقد را فسخ کند(ر. ک: سید ابوالقاسم خوئی، ***مبانی العروة الوثقی***، ص ۲۷؛ و سید محسن حکیم، ***مستمسک العروة***، ج ۱۳، ص ۱۷۶).

اما به نظر می‌رسد که ضمان متعهّد نسبت به عمل مورد تعهّد هر چنـد بـرخلاف مشـهور میـان فقیهـان پیشـین اسـت ولـی امـروزه مـورد توجـه حقوقـدانان در همـهٔ کشورهاست. (به بحثهای پیشین دربارهٔ حقوق بیگانه مراجعه شود، به عنـوان نمونـه بـر اساس حقوق انگلیس، جبران خسارت، طرف زیان دیده را باید در همان موقعیتی قـرار

دهد که اگر قرارداد اجرا می‌شد در آن وضع قـرار مـی‌گرفـت). در عبـارات فقهـی نیـز علاوه بر آنچه گفته شد، رد پای این نظریه را می‌توان یافت. مـثلاً وقتـی یـک شـخص، خود را برای انجام کاری، اجیر دیگران می‌سـازد، در صـورت تخلّـف و گذشـت زمـان عمل، مستأجر می‌تواند اجاره را فسخ و اجرت را باز پس گیرد یا آن‌را ایفا و اجرة المثل عمل را مطالبه کند. البته مسأله صورتهای گونـاگونی دارد. زیـرا شـخص گـاهی تمـامی منافع خویش را در زمان معین به طرف دیگر تملیک می‌کنـد و گـاهی منفعـت خاصـی مثلاً دوخت لباس را ملک او قرار می‌دهد و زمانی هم، عمل خاصی را بر ذمّه مـی‌گیـرد بدون آنکه منفعت خارجی تملیک شده باشد(بـرای دیـدن احکـام هـر یـک از صـورتها و اختلافات فقهی. ر. ک: سید ابوالقاسم خویی، ***مستند العروة***، کتاب اجـاره، ص ۲۹۸، و سـید محسن حکیم، ***مستمسک العروة***، ج ۱۲، ص ۱۰۰).

چنانکه در مبحث شرط نیز، از برخی عبارات فقهی مـی‌تـوان اسـتفاده کـرد کـه ضمانت اجرای تعهّد، اجرةالمثل عملی است که زمان انجـام آن گذشـته و انجـام نشـده است. (شیخ انصـاری، *المکاسـب*، ص ۲۸۵). بـدین ترتیـب، یکـی از راههـای جبـران خسارت زیان دیده از تخلّف قراردادی، مطالبه اجرةالمثل عملی است که موضوع تعهّـد قرار گرفته است.

نتیجه‌گیری

خسارت ناشی از تخلّف از اجرای تعهّد شکل‌های گوناگون به خـود مـی‌گیـرد: گاهی در نتیجهٔ تخلّف قراردادی، مال موجودی از بین می‌رود؛ گاه هزینـه‌هـای صـورت گرفته بر اثر انجام نشدن تعهّد، بلااستفاده می‌ماند و زمانی نیـز خسـارت بـه صـورت از دست دادن منافع است یعنی منافعی که از اجرای عقد به متعهّدٌ له مـی‌رسـید، از دسـت می‌رود. پاسخ به این پرسش که چرا باید متخلّف قراردادی را مسؤول شناخت، اهمیـت فراوان داشته و در تعیین قلمروی مسؤولیت، تأثیر به سزا دارد. دربارۀ مبنـای مسـؤولیت

قراردادی، دو نظریه کلّی وجود دارد: نظریهٔ نخست، مبنای مسؤولیت قراردادی را ارادهٔ دو طرف و مبنای مسؤولیت قهری را حکم قانون‌گذار می‌داند و نظریهٔ دوم، مبنای هر دو مسؤولیت را حکم قانون می‌شناسد. براساس دیدگاه نخست، اندازهٔ مسؤولیت، اصولاً در اختیار طرفین است و آنچه در قانون آمده حکم تکمیلی است که می‌توان به ارادهٔ صریح یا ضمنی دو طرف، اندازهٔ آن را تغییر داد. ضمناً تسرّی احکام مربوط به هر یک از دو مسؤولیت به دیگری اصولاً امکان‌پذیر نیست. حال آن‌که بنابر نظریهٔ دوم علی الاصول می‌توان مقرّرات مربوط به هر یک از دو مسؤولیت را به دیگری سرایت داد.

از میان دو دیدگاه، نظریه نخست با حقوق ایران و مبانی فقهی سازگارتر به نظر می‌رسد زیرا در مادهٔ ۲۲۱ ق. م. خسارت قراردادی را به قاعدهٔ شروط مستند ساخته و از سوی دیگر مشهور فقیهان، مصادیق رایج خسارت قراردادی را از این باب که عدم النفع است و نه تلف مال موجود، در ضمان متخلّف قراردادی نمی‌بینند. بنابراین بهترین راه برای اثبات مسؤولیت قراردادی، مبتنی ساختن آن بر ارادهٔ صریح یا ضمنی دو طرف عقد می‌باشد. ارادهٔ مزبور برخلاف احکام امری شارع نخواهد بود.

منابع

قرآن کریم.

آل کاشف الغطاء، محمد حسین، ***تحریر المجلة***، ج ۱، نجف، مطبعه حیدریه، ۱۳۶۱.

اردبیلی، ***مجمع الفائدة و البرهان***، ج ۱۰، قم، مؤسسه نشر اسلامی، ۱۳۶۲.

اریک ساو، ***پایان مسؤولیت قراردادی***، ترجمهٔ حسین نوروزی، مجله حقوقی و قضایی دادگستری، شماره ۳۵.

امامی، سید حسن، ***حقوق مدنی***، دوره ۶ جلدی، تهران، کتابفروشی اسلامیه، ۱۳۶۴.

انصاری، مرتضی، ***المکاسب***، چاپ سنگی، تبریز، ۱۲۷۵هـ .

انصاری، مرتضی، ***المکاسب***، ج ۴، قم، مجمع الفکر الاسلامی، ۱۳۸۰.

بهبهانی، وحید، ***حاشیه بر مجمع الفائدهٔ و البرهان***، قم، کنگره بزرگداشت مقدس اردبیلی، ۱۴۱۷ه.
بیهقی، ابوبکر احمد بن حسین، ***السنن الکبری***، حیدرآباد، دار المعارف، افست دار الفکر.
جعفری لنگرودی، محمدجعفر، ***تاریخ حقوق ایران***، تهران، کانون معرفت، بی‌تا.
ـــــــــــــــ ***ترمینولوژی حقوق***، تهران، گنج دانش، ۱۳۶۷.
حرّعاملی، محمدبن الحسن، ***وسایل الشیعه***، دار إحیا التراث العربی، ۱۴۱۲ه
حسینی حائری، سید کاظم، ***فقه العقود***، قم، مجمع فکر اسلامی، ۱۴۱۲ه.
حسینی مراغی، سید میر عبدالفتاح، ***العناوین***، ج ۲، قم، مؤسسهٔ نشر اسلامی، ۱۴۱۸ه.
حکیم، سید محسن، ***مستمسک العروة***، ج ۱۲، قم، اسماعیلیان، ۱۴۱۶.
ـــــــــــــــ ، ***منهاج الصالحین***، با حاشیه سید محمدباقر صدر، بیروت، دارالتعارف للمطبوعات، ۱۴۱۰ه.
حلّی (علامه)، ***تحریر الاحکام***، قطع رحلی، افست قم، مؤسسهٔ آل‌البیت.
ـــــــــــــــ ***قواعد الاحکام***، ج ۲، قم، انتشارات جامعه مدرسین، ۱۴۱۶ه.
ـــــــــــــــ ***مختلف الشیعه***، ج ۶، قم، انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۴۱۲ه.
حلّی، یحیی بن سعید، ***الجامع للشرایع***، قم، موسسهٔ سیّد الشهداء، ۱۴۰۵ه.
خمینی، روح‌الله، ***تحریر الوسیله***، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۳۸۰ش.
خوئی، سید ابوالقاسم، ***مبانی العروة الوثقی***، ج ۲، قم، لطفی، ۱۴۰۸ه.
ـــــــــــــــ ***مستند العروة***، کتاب اجاره، قم، مطبعه علمیه، ۱۳۶۷.
ـــــــــــــــ ***مصباح الاصول***، ج ۲، قم، مکتبهٔ داوری، ۱۴۰۹ه.
ـــــــــــــــ ***منهاج الصالحین***، ج ۲، قم، مطبعه علمیه، ۱۳۹۵ه.
رشتی، میرزا حبیب‌الله، ***الغصب***، چاپ سنگی، تهران، ۱۳۲۲ه.
روحانی، سید محمد، ***منتقی الاصول***، ج ۵، قم، الهادی، ۱۴۱۶ه.

شبیری زنجانی، حاج آقا موسی، ***کتاب نکاح (تقریرات)***، قم، مؤسسهٔ رای‌پرداز، ۱۳۸۴.

شهیدی، مهدی، ***تشکیل قراردادها و تعهّدات***، تهران، نشر حقوقدان، ۱۳۷۷.

ـــــــــــ، ***مجموعه مقالات حقوقی***، تهران، نشر حقوقدان، ۱۳۷۵.

طباطبائی، سید علی، ***ریاض المسائل***، قطع رحلی، ج ۲، چاپ افست، مؤسسه آل‌البیت، ۱۴۰۴ه.

طباطبائی، سید کاظم، ***العروة الوثقی***، ج ۲، بیروت، مؤسسه اعلمی، ۱۴۰۹ه.

العالمی، زین‌الدین بن علی (شهید ثانی)، ***مسالک الافهام***، ج ۷ و ۸، قم، مؤسسة المعارف الاسلامیة، ۱۴۱۶.

عاملی، سید جواد، ***مفتاح الکرامة***، ج ۶، بیروت، دار احیاء التراث العربی، بی‌تا.

فاضل تونی، عبدالله بن محمد، ***الوافیة فی اصول الفقه***، قم، مجمع الفکر الاسلامی، ۱۴۱۲ه.

فخر المحققین، ***ایضاح الفوائد***، ج ۲، اسماعیلیان، ۱۳۸۸ه.

فیروزآبادی، مجدالدین، محمد بن یعقوب، ***القاموس المحیط***، ج ۲، بیروت، دار احیاء التراث، ۱۴۱۲ه.

قنواتی، جلیل و سید حسن وحدتی شبیری و ابراهیم عبدی‌پور، ***حقوق قراردادها در فقه امامیه***، تهران، انتشارات سمت، ۱۳۷۹.

کاتوزیان، ناصر، ***قواعد عمومی قراردادها***، ج ۴، تهران، شرکت انتشارات، ۱۳۷۶.

ـــــــــــ، ***مسؤولیت مدنی***، ج ۱، تهران، انتشارت دانشگاه تهران، ۱۳۷۸.

ـــــــــــ، ***نظریهٔ عمومی تعهّدات***، تهران، نشر یلدا، ۱۳۷۴.

کرکی، علی بن الحسین (محقق ثانی)، ***جامع المقاصد فی شرح القواعد***، قم، مؤسسة آل‌البیت لاحیاء التراث، ۱۴۱۵.

مجلسی، محمدباقر، ***بحارالانوار***، ج ۱۰۰، بیروت، دار احیاءالتراث العربی، ۱۴۰۳ه.

محقق ثانی، ***جامع المقاصد***، ج ۸، قم، مؤسسه آل‌البیت، ۱۴۱۴ه.

محقق داماد، سید مصطفی، ***قواعد فقه***، ج ۲، تهران، سازمان سمت، ۱۳۷۴.

مدرّس، شهید سید حسن، ***الرسائل الفقهیة***، تهـران، سـتاد بزرگداشـت پنجـاهمین سـالگرد شهادت مدرس، ۱۴۰۸ھ .

مراغی، سید میر عبدالفتاح، ***العناوین***، ج ۲، قم، مؤسسهٔ نشر اسلامی، ۱۴۱۸ھ .

مرواريد، علی‌اصغر، ***سلسله الینابیع الفقهیة***، ج ۳۸، بیروت، مؤسسهٔ فقه الشیعهٔ، ۱۴۱۳.

مسکونی، صبیح، ***القانون الرومانی***، ۱۹۷۱، بغداد، مطبعهٔ شفیق.

میر محمد صادقی، حسین (مترجم)، ***مروری بر حقوق قراردادهـا در انگلسـتان***، رابـرت داکسبری، تهران، نشر حقوقدان، ۱۳۷۷.

نائینی، میرزا حسین، ***منیة الطالب***، قم، مؤسسة نشر اسلامی، ۱۴۱۲ھ .

نجفی، شیخ محمد حسن، ***جواهر الکلام***، تهران، دار الکتب الاسلامیه، ۱۳۶۵.

النجفی، محمدحسن، ***جواهر الکلام***، ج ۳۱، تهران، کتابفروشی اسلامیه، ۱۳۶۶.

نراقی، ملا احمد، ***عوائد الایام***، قم، انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۳۷۵.

نراقی، مولی محمد، ***مشارق الاحکام***، قم، کنگره بزرگداشت نراقی، ۱۳۸۰.

وحدتی شبیری، سید حسن، خسارت تأخیر تأدیه وجه نقـد، ***فصلنامهٔ حوزه و دانشگاه***، سال نهم، پاییز ۱۳۸۲، شماره ۳۶، ص ۷۶.

یزدی، سید محمدکاظم، ***سؤال و جواب***، تهران، نشر علوم اسلامی، ۱۳۷۶.

Barry Nicholas F.B.A. , French law of contract, ۲nd ed. , ۱۹۹۲.

André Tunc, International Encyclopedia of comparative law, vol. ۶, Torts, London, Martinus publishers, ۱۹۸۳.